

**LO STATO DELLA COMPARAZIONE NEL DIRITTO
AMMINISTRATIVO COMPARATO IN ITALIA**

ANNUAL REPORT - 2011 - ITALIA

(Dicembre 2011)

Prof. Roberto CARANTA

INDICE

- 1. UN PO' DI STORIA**
- 2. I PERCORSI**
- 3. I TEMI**
- 4. LE OPERE**
- 5. CONCLUSIONI**

1. UN PO' DI STORIA

Un antico pregiudizio molto diffuso in Italia, ma non solo, voleva il diritto amministrativo come portato della forma di Stato e di governo di ogni ordinamento e, come tale, non comparabile.

L'asserzione presuppone che le forme di Stato e di governo non siano comparabili; notoriamente, è vero proprio il contrario, tanto che forme di Stato e di governo sono uno

degli oggetti principali del lavoro del costituzionalista comparatista. Soprattutto tra le democrazie occidentali non esistono differenze tali da rendere poco significativa – ancorché peraltro sempre possibile – la comparazione.

Tant'è che i lavori preparatori della legge abolitiva del contenzioso amministrativo testimoniano una buona conoscenza delle istituzioni di tutela nei confronti della pubblica amministrazione di altri paesi europei, quali la Francia e il Belgio¹. Nella seconda metà dell'ottocento il diritto amministrativo francese era generalmente ben conosciuto in Italia. E niente poco di meno che Federico Cammeo si interessava del diritto amministrativo di oltre oceano².

Per cercare di spiegare il pregiudizio si può forse avanzare l'ipotesi che esso sia sorto e cresciuto durante la dittatura fascista. Sotto la dittatura l'esperienza istituzionale italiana si allontanò effettivamente in modo molto marcato dal modello delle democrazie occidentali, e la dottrina filo-fascista non mancò di sottolineare la (pretesa) superiorità del nuovo ordine. A parte che anche questo è un giudizio comparativo, è chiaro che un simile assunto non incoraggia a comparare sul serio, non foss'altro per tema di smentita.

Certo nel periodo in questione continuò l'interesse per l'elaborazione dottrinale tedesca iniziato con Vittorio Emanuele Orlando e caratteristico della scuola classica del diritto amministrativo. Non si tratta, però, di comparazione. La ricerca era quella della teoria giuridica perfetta, o meglio pura, che avrebbe dovuto poi valere in ogni tempo ed in

¹ Si veda A. ANGELETTI, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in R. CARANTA (dir.), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, Zanichelli, 2011, 25 ss.

² F. CAMMEO, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giur. it.*, 1895, IV, c. 81.

ogni luogo. E con il passare degli anni anche quella parziale attenzione al formante dottrinale del diritto altrove si avvizzì³.

Forse sarebbe troppo impertinente chiedersi perché un pregiudizio, nato in un preciso periodo storico, si sia poi perpetuato ben dopo la caduta del regime. Probabilmente, al di là della vischiosità delle scuole, la deriva concettualistica del nostro diritto amministrativo, con la conseguente crescente autoreferenzialità del discorso giuridico e correlata scarsa attenzione per la *law in action*, privava di interesse una ricerca che avesse ad oggetto il diritto degli altri.

Fatto si è che il metodo comparato è rimasto molto marginale nel diritto amministrativo fino agli anni '80 del secolo scorso, quando il progresso del processo di integrazione europea rese non più sostenibile l'isolamento culturale del diritto amministrativo italiano.

In questo primo *report*, l'intento è quello di esaminare i percorsi, i temi e le opere del diritto amministrativo comparato italiano.

³ Con qualche luminosa eccezione, quali A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali : il contratto di diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1988; ID., *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991 (dello stesso Autore anche *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, Giuffrè, 1995); S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo : le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Napoli, ESI, 1987; ID., *Profili sostanziali della legalità amministrativa : indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, e più recentemente ID., *Principio di proporzionalità : profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995.

2. I PERCORSI

Si può naturalmente comparare in solitaria, ma normalmente la ricerca beneficia dei contributi provenienti da scambi tra diversi ordinamenti. Oggi le più importanti ricerche comparative sono il risultato dello sforzo di un gruppo prolungato nel tempo: si pensi al *common core*.

A livello internazionale, il mondo del diritto comparato trova la propria tradizionale aggregazione nell'*Association internationale de droit comparé*, composta da membri effettivi ed associati. L'*Association* è articolata in capitoli nazionali – in Italia l'Associazione italiana di diritto comparato – AIDC, e tiene un convegno quadriennale organizzato da una delle sue articolazioni. Il convegno è normalmente articolato in una ventina di temi, parte di teoria generale del diritto e della comparazione, il resto delle singole branche disciplinari, con il diritto amministrativo normalmente coinvolto su due temi. Ogni tema vede la presentazione di *rapports nationaux* da parte dei membri dei capitoli locali sulla base di un questionario preparato da un *rapporteur général* (normalmente un membro dell'*Association*). Il tutto in francese o inglese. Inoltre l'*Association* organizza dei corsi per gli studenti.

Diversi amministrativisti italiani contribuiscono ogni volta ai due rapporti, ma non sempre sono presenti al congresso e soprattutto, in generale, a differenza dei cugini francesi ma anche dei privatisti italiani, sono poco presenti e rappresentati nell'AIDC e, ancor meno, hanno rilievo nell'*Association*.

Varie le ragioni, prima di tutto il ritardo e l'esitazione, rispetto non solo ai privatisti ma persino ai costituzionalisti, con cui gli amministrativisti si sono avvicinati al diritto comparato⁴.

⁴ Osservava già J. RIVERO 'Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif' in M. CAPPELLETTI *New Perspectives for a Common Law in Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun en Europe* (Leyden et al., Sijthoff et al, 1978), 391, «Il faut reconnoitre que le droit administrative a fait longtemps

In un'associazione non vale normalmente il "beati gli ultimi" evangelico. Le posizioni di rilievo sono già occupate e sono trasmesse secondo logiche di scuola, mentre i *late comers* hanno possibilità ridotte di farsi spazio.

Tale situazione non incoraggia la fidelizzazione, nel senso che la stessa partecipazione ai convegni mondiali diventa episodica, più che comparare si prepara un *rapport* sul diritto italiano scritto in francese o inglese; questo non porta a vedere l'*Association* come luogo di aggregazione della ricerca comparatistica nella nostra materia.

A questo si aggiunge che l'*Association* è figlia del mondo post-westfaliano, i cui convegni vedono contributi su base paritaria potenzialmente da tutto il mondo, ma con un *coverage* da tema a tema che dipende dal caso (presenza in un dato Stato di un *rapporteur* interessato e disponibile) e non dalla programmazione (manca una dimensione macro-regionale); inevitabilmente, i *rapporteurs généraux* spesso faticano ad organizzare il proprio lavoro in modo più articolato e significativo della mera giustapposizione di contributi disparati⁵.

Un simile approccio può soddisfare la curiosità, ma non la possibilità di individuare le imitazioni e trapianti tra diversi sistemi giuridici e le *best practices* che meritano di essere studiate è lasciata al caso.

Analoghi limiti ha l'*Association Capitaine des Amis de la Culture Juridique Française*, la quale peraltro, dal punto di vista del diritto amministrativo, presenta almeno l'interesse specifico di vedere una qualche partecipazione di membri del *Conseil d'Etat*.

figure de parent pauvre dans le monde du droit comparé, et que les spécialistes du droit privé ont occupé, et occupant encore, le devant de la scène».

⁵ A volte il *rapporteur général* riesce tuttavia nell'intento di riunire i *rapports* in un volume importante di comparazione: ad es. M. PAQUES (ed.), *Le principe de précaution en droit administratif. The Precautionary Principle and Administrative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

Inevitabilmente, dunque, accanto alla partecipazione estemporanea alle attività delle due *Associations* ricordate, l'amministrativista comparatista segue percorsi propri, molti dei quali per così dire "individuali" o quasi, nel senso che interessano un numero ridotto di colleghi, eventualmente parti italiane di *network* tendenzialmente informali che seguono un interesse comune di ricerca.

Alcuni gruppi sono peraltro più stabili, radicati da un comune interesse per il diritto comparato e per le conseguenze del processo di integrazione europea sui diritti amministrativi nazionali.

Tra questi il gruppo di ricerca PRIN guidato a Trento da Giandomenico Falcon, cui partecipano studiosi di diverse università (con qualche cambiamento di volta in volta secondo le mutevoli regole per il finanziamento), e che porta all'organizzazione di conferenze tendenzialmente un po' più che biennali (se arrivano puntuali i finanziamenti, il che non è di solito), e conseguenti pubblicazioni sia del gruppo in sé che dei sottogruppi⁶.

Più recentemente, va segnalata la ricerca PRIN guidata a Milano da Guido Greco sui rimedi in materia di appalti pubblici⁷.

⁶ Tra le pubblicazioni del gruppo nel suo complesso G. FALCON (cur.), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario. Ricerche e tesi in discussione*, Padova, CEDAM, 2010; G. FALCON (cur.), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario. Ricerche e tesi in discussione*, Padova, CEDAM, 2008; G. FALCON (cur.), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, CEDAM, 2005; tra le pubblicazioni delle unità di ricerca R. CARANTA and A. GERBRANDY (eds), *Tradition and Change in European Administrative Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011; A. MASSERA (cur.), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi. Nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, CEDAM, 2010; D. CORLETTI (cur.), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, CEDAM, 2007.

⁷ G. GRECO (cur.), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, Giuffè, 2010.

A livello europeo, tra i gruppi più strutturati lo *European Public Law Organisation* – *EPLO*, animato da Spyridon Flogaitis, riunisce accademici e pratici di alto livello, e si riunisce una volta all'anno in Grecia al termine di una *summer school*, affrontando uno o più temi specificamente scelti. Edita non senza ritardi, oltre ad altre pubblicazioni, una rivista multi lingue⁸.

Più focalizzato sulla pubblicazione di un'opera sul diritto pubblico in Europa è *Jus Publicum Europaeum*, che vede protagonisti giuristi italiani e tedeschi, oltre che di altri ordinamenti⁹.

Sono poi organizzati con struttura simile gli scambi culturali tra amministrativisti italiani da un lato, e tedeschi, francesi e spagnoli. Ogni gruppo si incontra tendenzialmente ogni due anni, una volta in Italia, l'altra nel Paese corrispondente, per discutere uno o più temi di interesse comune con relazioni dai rappresentanti dei due Paesi. Ogni gruppo lavora con le due lingue di riferimento (il che per gli italiani presenta ormai qualche difficoltà in relazione al gruppo italo-tedesco).

Il *Dornburg Research Group on New Administrative Law*, incentrato su Matthias Ruffert dell'Università di Jena, principalmente anglo-franco-tedesco, invita alle sue riunioni biennali in inglese (il francese è stato abbandonato dopo il primo anno) su tematiche generali del diritto amministrativo anche giuristi italiani e di altri Paesi; ogni incontro sfocia in un libro¹⁰.

⁸ www.eplo.eu.

⁹ A. VON BOGDANDY, S. CASSESE, P.M. HUBER (hrg), *Handbuch Jus Publicum Europ(a)eum*, Band III, Müller, Heidelberg, 2010.

¹⁰ Pubblicati sin'ora: M. RUFFERT (ED), *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011; M. RUFFERT (ED), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London, BIICL, 2009; M. RUFFERT (ED), *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation du droit administratif en Europe*, München Sellier, 2007.

Tra i *network* tematici più sviluppati cui partecipano numerosi italiani merita menzione *Public Contracts in Legal Globalization (PCLG) - Contrats Publics dans la Globalisation Juridique (CPGJ)* a guida franco-tedesca, ma che lavora in francese ed inglese, con riunioni tendenzialmente semestrali, dedicate alla preparazione di opere di analisi comparativa¹¹. Nella stessa materia, più incentrato sull'organizzazione di grandi convegni mondiali e scambio di informazioni che sulle pubblicazioni, il *Procurement Law Academic Network*¹².

Jus Publicum completa il panorama come *network* di *networks*, con copertura tendenzialmente a 360° dei vari temi del diritto amministrativo, presentandosi anche come *network* di riviste europee di settore.

La dimensione europea non è però più esclusiva. Il *Global Administrative Law – GAL* organizza annualmente a Viterbo un importante seminario internazionale, strutturato “modernamente” su *panels* e *calls for papers*, per discutere dei temi del diritto amministrativo globale. L'iniziativa è collegata al *Global Administrative Law Project* della New York University, presso la quale si svolgono ulteriori seminari¹³.

Globale, ma non programmaticamente comparatistico anche il più antico *International Institute of Administrative Sciences – Institut International des Sciences Administratives*. Si tratta di un'organizzazione molto articolata, il cui scopo è lo studio non solo del diritto, ma delle diverse scienze dell'amministrazione in un'ottica

¹¹ <http://public-contracts.eu> ; già pubblicato R. NOGUELLOU U. – STELKENS (eds.) *Droit comparé des contrats publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

¹² www.planpublicprocurement.org

¹³ <http://www.iilj.org/GAL/default.asp>

multidisciplinare. Inevitabilmente, finisce spesso per comparare la situazione – anche giuridica – esistente nei vari Paesi¹⁴.

3. I TEMI

La presentazione che precede ha inevitabilmente anticipato i temi del lavoro comparatistico, ma, visti i mille rivoli in cui si diffonde l'interesse per il diritto altro, è probabile – ma mancano *database* adeguati – che moltissimi temi siano stati toccati durante questa o quella iniziativa.

L'interesse del comparatista tocca i temi generali, come quelli dell'organizzazione, dove è importante il contributo delle altre scienze della pubblica amministrazione, nonché i temi classici, come la giustizia ed i rimedi, compresa la responsabilità della pubblica amministrazione, ma anche moderni, come la regolazione, in particolare mediante autorità amministrative indipendenti¹⁵.

Il progresso dell'integrazione a livello europeo ha ovviamente favorito il concentrarsi di interesse su temi quali il ruolo delle pubbliche amministrazioni nel recepimento e nell'esecuzione di norme dell'Unione europea, ma anche sui procedimenti complessi, oltre che ancora sui rimedi e, come risulta dal punto che precede, sui contratti pubblici¹⁶.

¹⁴ www.iias-iisa.org

¹⁵ P. CHIRULLI e R. MICCÙ (curr.), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2011.

¹⁶ Ad es. B. MARCHETTI (cur.), *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, CEDAM, 2009; E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (curr.), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2006.

4. LE OPERE

Le opere dipendono dagli interessi individuali, e si correlano ai vari *network* e temi affrontati in precedenza. In questa sede, ancora una volta, ci si limita ad alcuni lavori di maggior respiro, non ancora richiamati, dove l'iniziativa è italiana come la lingua.

Per prima merita ricordo la collana di *Studi di diritto pubblico comparato* diretta da Franco Levi presso l'editore UTET ed attiva tra il 1971 e il 1979; tra i sei volumi pubblicati tre, *La tutela del paesaggio*, diretta dallo stesso Levi (1979), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, diretta da Eugenio Cannada Bartoli (1976), e *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, diretto da Aldo Piras (1971), riguardarono tematiche di diritto amministrativo.

Si trattò, evidentemente, di un'opera anticipatrice rispetto ai tempi, probabilmente conclusasi *ante* tempo per la morte di uno dei maestri meno convenzionali del diritto amministrativo torinese.

Oltre un decennio trascorse prima della pubblicazione del manuale di Marco D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, edito da Il Mulino nel 1992 e purtroppo mai riedito. Già si sono ricordati i due libri di Alfonso Masucci dello stesso torno di tempo, un abbozzo di un diritto processuale comparato europeo¹⁷.

Del 2007 è invece il testo curato da G. Napolitano *Diritto amministrativo comparato* nell'ambito del *Corso di diritto amministrativo* diretto da Sabino Cassese per l'editore Giuffrè; il lavoro è articolato in sette capitoli: *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, del curatore, *L'organizzazione*, di Lorenzo Casini ed Edoardo Chiti, *Il procedimento*, di Stefano Battini, Bernardo Giorgio Mattarella e Aldo Sandulli, *L'attività contrattuale*, di Alberto Massera, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, di

¹⁷ Above fn. 3.

Luisa Torchia, *La giustizia amministrativa*, di Daria De Pretis, e *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza*, di Giacinto della Cananea.

Il diritto altro è poi stato studiato in opere monografiche sia di taglio comparatistico (nel senso che diversi ordinamenti, tra cui normalmente quello italiano, erano oggetto di indagine)¹⁸, sia di analisi di un altro ordinamento¹⁹.

Tra le riviste, ampio spazio riservano a contributi aventi ad oggetto il diritto non domestico, di autori italiani e non, la *Rivista trimestrale di diritto pubblico* e *Diritto pubblico*; altre riviste ospitano occasionalmente contributi del genere; esplicitamente dedicata (anche) alla comparazione è *Diritto pubblico comparato ed europeo*, edita dalla Giappichelli²⁰.

Merita poi ricordare che alcune tra le opere fondamentali del nostro diritto amministrativo recente contengono un capitolo di analisi comparatistica. Così, la *Giustizia amministrativa* di Mario Nigro, pubblicato per i tipi de Il Mulino in numerose edizioni anche dopo la morte dell'Autore, contiene un capitolo su "Le varie esperienze di giustizia amministrativa". Analogamente, il *Diritto amministrativo generale*, parte del *Trattato di diritto amministrativo* curato da Sabino Cassese per l'editore Giuffrè e giunto alla seconda

¹⁸ Gli esempi sono relativamente numerosi e diversificati (ad es., talvolta l'interesse è sulla giurisprudenza, altra sui profili normativi ed ordinamentali): tra questi vengono in mente a chi scrive S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, Jovine, 2007; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, Giuffrè, 2003, R. FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicistici*, Milano, Giuffrè, 1983.

¹⁹ Anche qui relativamente numerosi: si ricordano ad es. B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il Judicial Review sulle Administrative Agencies*, CEDAM, Padova, 2005, e P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, Giappichelli, 1996

²⁰ www.dpce.it

edizione nel 2003, è aperto da un lungo capitolo del Curatore dedicato a “La ricostruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno unito”.

Un ruolo nella diffusione della conoscenza del (e dell’interesse per il) diritto altro è poi svolto dalle traduzioni. La collana “Civiltà del diritto” dell’editore Giuffrè offrì tra le molte traduzioni quella del *Diritto pubblico* di C.F. Gerber (1971). Opere di diritto amministrativo sono tradotte nella più recente collana dello stesso editore “Giuristi stranieri di oggi” (ad es. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, 2010; D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, 1999). Anche qui, la presenza di testi di diritto amministrativo è comunque ampiamente minoritaria rispetto sia al diritto civile che a quello costituzionale.

Altre traduzioni sono pubblicate “fuori collana”, e non solo nelle riviste, come il recente J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici : per la Francia del domani*, con prefazione all'edizione italiana e traduzione a cura di Roberto Cavallo Perin e Barbara Gagliardi; annotazioni a cura di Barbara Gagliardi e Barbara Pallisco²¹.

5. CONCLUSIONI

Rispetto al passato anche non troppo lontano, il panorama del diritto amministrativo comparato in Italia si è senz’altro arricchito, anche se è dubbio che il metodo comparato sia ormai accettato come un metodo di studio del nostro settore del diritto *au pair* con gli altri.

Nel frattempo, il contesto è cambiato, almeno in Europa. La conoscenza del diritto altro non si muove solo più tra l’alternativa della conoscenza pura e della individuazione di modelli ed istituti da trapiantare nel diritto domestico. Il diritto comparato serve per

²¹ Napoli, Jovene, 2011.

costruire i diritti dell'Europa, quello dell'Unione europea e quello della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo²².

Un'iniziativa in questo senso, che vede una folta partecipazione di torinesi, è l'*European Procurement Law Group*, che si riunisce una volta l'anno e pubblica poi gli atti degli incontri²³.

²² Si vedano, oltre a S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, cit., R. CARANTA, *Pleading for European Comparative Administrative Law: What is the Place for Comparative Law in Europe?*, in K.J. DE GRAAF, J.H. JANS, A. PRECHAL, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN (eds.) *European Administrative Law: Top-Down and Bottom-Up*, Groningen, Europa Law Publishing, 2009, 155; M.E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche, con cenni di diritto comparato*, in F.G. COCCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2011,

²³ Pubblicati sin'ora S. TREUMER – F. LICHÈRE (eds) *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen, DJØF, 2011; R. CARANTA and M. TRYBUS (eds.) *The Law of Green and Social Procurements in Europe*, Copenhagen, DJØF, 2010; M. COMBA and S. TREUMER (eds.), *The In-House Providing in European Law*, Copenhagen, DJØF, 2010.